

OS CRIMES CONTRA A LIBERDADE E AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL NA REFORMA DO CÓDIGO PENAL DE 2007

JOSÉ MOURAZ LOPES

Juiz de direito

Mestre em Ciências Jurídico Criminais

Pode afirmar-se que os comportamentos sexuais não sofreram ao longo do tempo profundas alterações. A cópula sempre foi uma cópula, o beijo sempre foi um beijo, a manipulação sempre foi a manipulação.

O entendimento da sociedade e das suas normas sobre os actos sexuais é que tem vindo a mudar.

Na história moderna do direito penal o tratamento normativo da criminalidade sexual tem sido extraordinariamente mutante. Mudança que não tem sido sequer evolutiva.

A tolerância e mesmo aceitação da pedofilia em Roma é hoje certamente incompreensível em grande parte das sociedades contemporâneas.

Longe vão os tempos, embora não tanto como se desejaria, em que Oscar Wilde foi condenado e cumpriu uma pena de prisão por ser homossexual.

A prática usual de relações sexuais entre familiares nalgumas tribos será incompreensível à luz dos «modernos» padrões da civilização.

A não punição em Portugal do incesto ainda hoje é questionada por muitos, sendo matéria que não é generalizadamente aceite pela comunidade.

Mas se o tempo de quase dois séculos e as suas dimensões de compreensibilidade revelam estas perplexidades, a análise de um período temporal mais próximo introduz, ainda, maior perplexidade.

No período de vinte e cinco anos, em Portugal, a estrutura normativa que estabelece o catálogo de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual sofreu cinco alterações legais, sendo pelo menos duas delas, absolutamente estruturantes.

Viu-se o rufianismo ser criminalmente punível, deixar de ser e voltar a constituir um ilícito criminal, agora «travestido» em lenocínio.

Viu-se o abuso sexual de menores evoluir de um «acto disponível» da família do menor para um crime público e, além disso, uma prioridade da política criminal.

À imoralidade que subjazia a um qualquer desnudamento público, e que por isso transformava o seu autor num criminoso, sobreveio como crime a importunação de alguém como objecto de prazer sexual não desejado, normalmente ligado a parafilias.

O entendimento dos porquês e das razões de ser desta evolução serão muitos e diversificados. A compreensibilidade desta realidade e das suas causas será essencial ao entendimento do que é afinal hoje em Portugal o crime sexual, do ponto de vista da dogmática penal e processual penal, do ponto de vista da investigação criminal, do ponto de vista médico e mesmo na fase final do percurso institucional, de um ponto de vista penitenciário. Não será despidiendo, também, compreender o fenómeno dum ponto de vista mediático.

Estamos num domínio onde a interpretação e a compreensão do fenómeno é essencial não só de um ponto de vista interno do sistema como fora dele.

A compreensibilidade das razões da intervenção politico-criminal assumem uma fortíssima fonte de legitimação do judiciário.

Tudo tem que ser compreendido, explicitado e passível de informado a todos os cidadãos. A transversalidade das questões da criminalidade sexual na sociedade é inequívoca. Daí a importância da linguagem utilizada bem como do âmbito e da forma da informação transmitida.

Mas se esta «transmissão da informação» legitima a própria intervenção jurisdicional, a atenção ao rigor do que se transmite e do como se transmite é essencial.

A ausência de rigor permite todas as interpretações. Pior que isso, permite todas as manipulações.

Sendo prioridade da política criminal o tratamento da criminalidade sexual, torna-se óbvia a maximização da investigação criminal com o consequente alargamento do número de pessoas investigadas, de arguidos constituídos, de interesses afrontados. A que se responde com uma necessidade premente de aperfeiçoamento dos mecanismos de defesa ou mesmo a utilização de mecanismos de defesa menos ortodoxos ou mesmo totalmente fora do procedimento.

O que se reconduz, afinal, à generalização da comunicação social como interveniente no envolvimento processual passando a desempenhar um papel intraprocessual, que legalmente lhe não está atribuído.

A linguagem mediática passa a ser a única linguagem compreensível levando a que todos os intervenientes sejam tentados a utilizá-la, desvirtuando por vezes mecanismos e institutos processuais com conteúdos precisos e diferenciados.

O que se pretendia um mecanismo de legitimação – a utilização da linguagem compreensiva e não retórica – tornou-se afinal um mecanismo de distorção no sistema. Porque o que se transmite através de uma linguagem imprecisa, telegráfica, condicionada pelo tempo da informação, torna-se a «realidade». O que não é passa a «ser». Os mecanismos de comunicação real ultrapassam e

Mais relevante será, no entanto, a alteração ao número 2 que consubstancia uma nova incriminação que envolve as situações em que o agente do tipo *se aproveita do temor que causou* para praticar actos sexuais de relevo, mas sem utilização de violência, ameaça grave ou sem ter tornado a vítima inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, a que se refere o número 1.

Trata-se de um novo tipo de crime que, não obstante se encontrar tipificado no âmbito do crime de «coacção sexual», se aproxima mais de uma situação de «abuso sexual», atenta a similitude da estrutura típica do crime com o crime tipificado no artigo 165º - «abuso sexual de pessoa incapaz de resistência».

Também aqui, como no artigo 165º, verifica-se uma situação de aproveitamento de uma situação do sujeito (vítima) decorrente de uma acto coactivo - o temor criado - para dar o seu assentimento a um acto que não quer.

A razão de ser do novo crime parece resultar do confronto do legislador com a situação de não estar prevista, no ordenamento jurídico português, a criminalização de condutas sexuais que envolvam actos sexuais de relevo praticados sem violência ou sem ameaça grave, mesmo que não consentidos pela vítima, fora dos casos previstos nos artigos 165º, 166º e 167º.

A concretização do crime decorre da ocorrência de um acto sexual de relevo pelo agente, qualquer que seja, seguido a um aproveitamento da situação de temor que qualquer acto ou comportamento daquele tenha causado, com ausência de consentimento da vítima.

Tal situação de temor pode resultar de uma ordem, de uma simples ameaça, de uma ameaça não violenta, de uma manifestação de vontade do agente suficientemente explícita que cause alguma intimidação ou constrangimento ou de circunstâncias objectivas que suscitem esse constrangimento, como por exemplo a superioridade física ou numérica do(s) agressor(es). Trata-se de um elemento mínimo da tipicidade que identifica o crime mas

também o concretiza. Sem esse elemento mínimo não há qualquer crime.

A reforma de 2007 veio estabelecer a responsabilização das pessoas colectivas e entidades equiparadas pelo crime previsto neste artigo, sendo a vítima menor, quando cometidos: a) em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou b) por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem- artigo 11º nº 2 do Código Penal.

2. Violação.

Inesperadamente, pode dizer-se, na medida em que a questão não tinha sido suscitada como premência legislativa, pese embora alguma doutrina tenha em tempos levantado a discussão, a reforma de 2007 alterou o nº 1 do artigo 164º, equiparando-se a «introdução» de objectos e partes do corpo» à penetração vaginal ou anal.

Trata-se de uma alteração que se estendeu a outros artigos nomeadamente, o artigo 165º, 166º, 171º, n.º 2, 172º, 173º, n.º 2 e 174º, nº 2.

Sustentado numa política de neocriminalização no domínio sexual, que decorre de várias alterações legais efectuadas, veio agora estabelecer que não só qualquer introdução vaginal ou anal de «objectos» consubstancia, tipicamente, uma equiparação ao crime de violação como também a introdução de «partes do corpo» na vagina e no anús consubstancia a mesma equiparação.

Trata-se de matéria dogmaticamente discutível, tendo em conta a natureza do bem jurídico protegido no domínio dos crimes sexuais ser a liberdade e autodeterminação sexual e, por isso, só

é a prostituição o alvo único do tipo de crime, não sendo por isso muito nítida a natureza do bem jurídico que se pretende proteger, nomeadamente no seu número 1. Não está em causa qualquer bem jurídico que tutele a liberdade e autodeterminação sexual. Nesse sentido, tendo presente o disposto no artigo 18º da CRP, parecem mais sustentadas as dúvidas sobre a compatibilização constitucional do tipo de crime em causa.

Importa sublinhar que o Tribunal Constitucional tem sustentado em várias decisões a compatibilização constitucional do nº 1 do artigo em causa (antes da reforma de 2007 consubstanciava o artigo 170º)².

Não obstante a posição que vem sendo assumida pelo Tribunal Constitucional, a questão continua a ser recorrentemente suscitada, pela doutrina³ e objecto de apreciação pela jurisprudência⁴.

2 Os Acórdãos 144/04, 196/04, 303/04 e 170/2006, embora sustentados, essencialmente, na argumentação efectuada pelo primeiro (Acórdão 144/04) pronunciaram-se pela constitucionalidade da norma. A justificação da incriminação, para o Tribunal Constitucional, radicar-se-á assim, por um lado na «normal associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social, das pessoas que se dedicam à prostituição, fazendo desta um modo de subsistência», o que importa sancionar e por outro «na protecção por meios penais contra a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência, protecção directamente fundada no princípio da dignidade da pessoa humana».

3 Cfr. Vera Lúcia Raposo, «Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual» in *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, página 949-95, Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, Coimbra Editora, 2004, página 118

4 Cfr. o Acórdão do STJ relativo ao Processo 1125/03 – 3ª secção, de 5 de Setembro de 2007, Relator António Pires da Graça, que, pronunciando-se e decidindo-se sobre a questão seguindo a doutrina dos arestos do Tribunal Constitucional citados, tem um extenso voto de vencido do Conselheiro Maia Costa, em divergência com a posição maioritariamente defendida no Acórdão, que analisa toda a situação concluindo que a «norma do artigo 170º nº 1 do Código Penal, interpretada à letra, ou seja, como prescindindo

Parece, assim, longe de estar terminada a questão da compatibilização constitucional da norma, até pelo conjunto de argumentos apresentados e não totalmente desconstruídos pelo Tribunal Constitucional. Desde logo a questão da livre disponibilização do corpo, sem qualquer forma de coacção, para uma actividade que em si não é censurada penalmente, como é a prostituição, em condições sanitárias que protejam a saúde de quem voluntariamente, repete-se, quer exercer essa actividade e o pode fazer de forma organizada e em associação voluntária com outrem. Por outro lado importa constatar que no quadro da União Europeia, há, hoje uma protecção e um enquadramento legal da actividade profissional de quem quer exercer a prostituição, tendo o próprio TJC decidido em vários arestos, nomeadamente no Processo C-268/99 de 20.11.2001, que se trata de uma actividade de prestação de serviços remunerada e abrangida pelo conceito de actividade económica não assalariada e actividade não assalariada».

De igual modo há que questionar também como compatibilizar a norma com o direito à sexualidade do cidadão deficiente que, muitas vezes, só pode ser concretizado através do exercício da actividade profissional de venda de serviços sexuais, que objectivamente são actos de prostituição, efectuada de forma articulada com auxílio de outrem, seja pessoa singular, seja instituição e sobretudo concretizada em condições de dignidade e segurança.

A manutenção do tipo de crime tipificado no artigo 169º nº 1, agora reforçado com a eliminação da referência a actos sexuais de

da exigência de prova de uma situação de exploração de necessidade económica ou abandono, é inconstitucional, por violação do artigo 18º nº 2». No referido voto de vencido, entre abundante justificação salienta-se que «o exercício da prostituição, como escolha livre de uma pessoa adulta, não pode ser (nem é) censurado penalmente. Do mesmo modo, não pode ser censurada penalmente, insiste-se, a conduta daqueles com quem ela se associa *voluntariamente* para o exercício da actividade, já que a sua liberdade sexual não foi coartada»

relevo, continua a suscitar as mesmas reservas de compatibilização constitucional, tendo em conta o disposto no artigo 18º nº 2 da CRP.

A reforma alargou, também o número 2 do artigo abrangendo agora, na alínea c) o abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela.

Vale a pena sublinhar que no número 2 do artigo, ao contrário da situação tipificada no número 1, trata-se efectivamente de condutas que põem, em causa de uma forma inequívoca a liberdade e autodeterminação sexual das vítimas, na medida em que a vontade do sujeito passivo é sempre coartada, seja pela violência ou ameaça grave, por manobras enganosas, utilizando a coacção decorrente do abuso de uma situação de autoridade ou pelo aproveitamento da situação de incapacidade ou vulnerabilidade da vítima.

6. Importunação sexual.

Numa das mais discutidas modificações introduzidas pela reforma o legislador, para além de substituir a epígrafe do artigo 170º de «Actos exhibicionistas» para «Importunação sexual», alargou o âmbito do crime à constrição de contacto de natureza sexual, ou seja o tipo de crime é alargado e subdividido em duas dimensões.

Num primeiro segmento mantém-se a criminalização dos actos exhibicionistas, única que, à face do princípio de que apenas condutas que atentassem de uma forma grave contra a liberdade e autodeterminação sexual, poderia e deveria ser objecto de censura criminal.

Só assim se compatibiliza a criminalização de comportamentos que efectivamente ponham em causa a liberdade sexual, face ao princípio da proporcionalidade e sobretudo a uma visão aberta e democrática de que o direito penal só deve intervir como

ultima ratio, que há muito vinha sendo defendida pela doutrina penalista.

Importa sublinhar que aquelas razões, na sua essência, não mostraram nos últimos doze anos serem erróneas ou desajustadas à sociedade portuguesa. Antes pelo contrário. É fácil de comprovar, através das estatísticas da justiça, na ausência de estudos criminológicos mais profundos, que não são visíveis números significativos relativos a este tipo de crime, assim como outras condutas que ao longo dos anos, posteriormente à reforma de 1995, nomeadamente as condutas referentes ao «assédio sexual».

Num segundo segmento do tipo, integrado pela reforma de 2007 criminalizam-se importunações sexuais que afectam a liberdade sexual, nomeadamente através de contactos sexuais não consentidos, que não configuram, no entanto, actos sexuais de relevo. A razão de ser da nova incriminação, para o legislador, parece assentar na necessidade de reforçar a tutela da liberdade sexual.

Não há dúvidas que o constrangimento a contacto de natureza sexual colide com o amplo figurino da tutela da liberdade sexual.

Resta saber se a amplitude do crime agora tipificado, sendo mais um exemplo da maximização do direito penal decorrente de opções políticas legítimas, mas não sustentadas em critérios cientificamente demonstrados, nomeadamente à face do princípio da necessidade, não se tornará num «nado morto» susceptível de nem ter sequer a virtualidade – se é que aqui há alguma virtualidade – de ser um exemplo de um direito penal simbólico.

Não são conhecidos, nos anos que leva já a aplicação do regime dos crimes contra a liberdade sexual, quaisquer sintomas de algum défice de protecção dessa mesma liberdade, nomeadamente a ponto de se criminalizarem condutas cuja relevância é discutível.

Num segundo tópico importa precisar a questão do que pode ser, por um lado o contacto de natureza sexual e por outro em que se traduz esse constrangimento.

Sobre a primeira questão há que começar por sublinhar que se trata de um contacto de natureza sexual sendo por isso de pressupor que só um acto sexual, que possa ser objectivamente entendido como tal, pode estar em causa. Estarão por isso fora do âmbito do tipo por um lado todos e quaisquer contactos físicos que não tenham a natureza de um acto sexual e, por outro lado, todas as palavras ou gestos grosseiros de natureza sexual dirigidas à vítima.

Vale a pena apelar ao que vinha constituindo alguma discussão efectuada pela doutrina e jurisprudência sobre o que não é (ou não deve ser) um «acto sexual de relevo» e que não configurando essa figura essencial que está na origem da reforma de 1995, caberá hoje no domínio do contacto de natureza sexual para efeitos deste tipo de crime. É o caso do «apalpão» ou o «roçar» ou pressionar partes do corpo do agente contra partes do corpo da vítima, por exemplo nos transportes públicos ou em espaços fechados.

Verificado o contacto de natureza sexual importa sublinhar que não basta a sua existência, só por si, para configurar o tipo de crime. O contacto tem que decorrer através alguma forma de pressão, aperto, compressão ou coacção que configure um acto que de uma forma inequívoca cerceia a liberdade sexual da vítima. Não existindo esse «mínimo» que identifique, objectivamente, esse constrangimento não se pode configurar, à luz do tipo de crime, uma acção típica.

Importa sublinhar, especialmente neste tipo de crime, que para a configuração do crime se trata sempre de condutas dolosas, sendo por isso essencial apreciar a vontade do agente que praticou o acto sexual. Como é perceptível há situações relativamente frequentes onde ocorrem actos de natureza sexual não consentidos, que no entanto não podem ser vistos, só por si, como configurado-

res de um acto criminal. Veja-se, por exemplo certo tipo de danças, certo tipo de contactos entre pessoas que ocorrem em espaços lúdicos, em transportes públicos ou em situações de aglomeração de pessoas.

7. Abuso sexual de crianças

O abuso sexual de crianças constituía a *ratio* inicial que apelava a uma alteração ao Código Penal no domínio da tutela da liberdade e autodeterminação sexual. Por virtude de compromissos internacionais assumidos onde se destaca a Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, publicada no JOUE em 20.1.2004, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil⁵, a reforma de 2007 modificou substancialmente toda a estrutura do artigo 171º.

Por um lado, alargou o âmbito de incriminação já prevista, nos casos no nº 2 e 3 alínea a) e, por outro, retirou do âmbito do artigo condutas que nada tinham que ver com a protecção individualizada de bens jurídicos relacionados directamente com a liberdade e autodeterminação sexuais e que consubstanciam, agora, condutas que integram o novo crime de «pornografia de menores» tipificado no artigo 176º.

5 Para além da Decisão Quadro citada o legislador levou em conta um conjunto de documentos internacionais que têm vindo a ser discutidos e aprovados em várias organizações internacionais, sendo de salientar, pela sua relevância, o Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança, relativo à venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil, da Assembleia Geral das Nações Unidas de 25 de Maio de 2000, assinado por Portugal em 6 de Setembro de 2000, e a Recomendação RECC (2001) 16 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual, de 31.10.2001.

No nº 2, dá-se continuidade à equiparação da introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos aos actos sexuais de relevo cópula, coito anal ou coito oral.

De igual modo, no nº 3 alínea a), alargou-se o âmbito da incriminação do tipo às condutas que consubstanciam um acto de importunação sexual, a que se refere o artigo 170º.

Foram também eliminadas todas as referências a «conversas obscenas» como elemento do tipo de crime.

A mais relevante alteração a este tipo de crime, bem como aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual contra menores decorreu da natureza dos crimes.

O novo regime decorrente da reforma de 2007, que resulta do artigo 178º, estabelece que este crime é um crime de natureza pública.

Apenas se lhe pode aplicar o regime específico estabelecido no artigo 178º nº 3, ou seja a aplicação do regime da suspensão provisória do processo, em determinadas condições, quando não existir qualquer agravação pelo resultado.

8. Abuso sexual de menores dependentes.

A reforma de 2007, para além das alterações decorrentes do artigo 171º com aplicação directa neste tipo de crime, estabeleceu a natureza pública do crime de abuso sexual de menores dependentes. Também alterou a medida da pena do número 3 sendo agora a pena de prisão alternativa à pena de multa.

Importa sublinhar que neste crime está em causa o abuso sexual de menores que decorre de uma relação específica existente entre autor e vítima, resultante de uma relação de confiança previamente estabelecida através da disponibilidade manifestada para as tarefas de educação ou assistência que o autor assumiu, quer pela entrega legal ou jurisdicional do menor quer pela situação de facto

criada. Criou-se um dever especial com essa relação de confiança para educação ou assistência, que importa tutelar e que foi posto em causa pela actuação do agente.

Apenas se lhe pode aplicar o regime específico estabelecido no artigo 178º nº 3 quando não existir qualquer agravação pelo resultado.

Estabeleceu-se a responsabilização das pessoas colectivas e entidades equiparadas pelo crime previsto neste artigo, quando cometidos: a) em seu nome e no interesse colectivo por pessoas quer nelas ocupem uma posição de liderança; ou b) por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem- artigo 11º nº 2 do Código Penal – cfr. sobre esta matéria anotação 9 ao artigo 163º.

9. Actos sexuais com adolescentes.

A reforma de 2007, alargou substancialmente o tipo de crime 173º que até então apenas se concretizava com a ocorrência de três tipos de actos sexuais de relevo (a cópula, coito anal e coito oral) incluindo agora no seu *iter criminis* a prática de todos os actos sexuais de relevo, consubstanciando a cópula, o coito anal e o coito oral bem como a introdução de partes do corpo ou objectos uma agravante qualificativa.

As alterações introduzidas, que passaram também pela revogação do anterior artigo 175º - «Actos homossexuais com adolescentes» - estabeleceu uma total compatibilização constitucional do regime penal dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no que respeita ao tratamento diferenciado que a lei anterior fazia em relação a actos homossexuais e heterossexuais e que culminou pela declaração de inconstitucionalidade do referido artigo 175º.

Este crime, depois de reforma de 2007, mantém a natureza semi-pública, salvo se dele resultar suicídio ou morte da vítima, conforme decorre do artigo 178º.

10. Recurso à prostituição de menores.

Trata-se de um artigo, 174º, introduzido pela reforma de 2007 resultante das obrigações internacionais assumidas por Portugal no quadro da luta contra a criminalidade sexual contra menores, nomeadamente decorrentes da Decisão Quadro 2004/68, já referida.

É um crime de natureza pública que abrange vítimas entre os 14 e os 18 anos não sendo qualquer tipo de «abuso de inexperiência» que está em causa mas tão só a proibição da comercialização de actos sexuais que envolvam menores.

Há um esforço claro da tutela das vítimas entre 16 e 18 anos que até à reforma não usufruíam de qualquer tutela penal, tendo em conta que factos que hoje são puníveis – como sejam a prática de actos sexuais mediante o pagamento de uma remuneração ou contrapartida – apenas consubstanciavam um crime quando as vítimas fosse menores de 16 anos.

No nº 1 do artigo tipifica-se a criminalização do recurso à prostituição de menores e não propriamente a prostituição como acto.

Estabelece-se a punição das condutas a título de tentativa. Trata-se de uma verdadeira excepção ao regime estabelecido no Código Penal para a punibilidade da tentativa – apenas para crimes puníveis com pena superior a 3 anos de prisão – que decorre, também, da Decisão Quadro 2004/68, tendo na sua origem a necessidade de cobrir na medida do possível, o espectro de grande parte das condutas relacionadas com a prostituição de menores.

11. Lenocínio de menores.

A reforma de 2007 retirou do artigo 175º todas as condutas que diziam respeito ao tráfico para fins de exploração sexual, que integrou no novo artigo 160º referente ao «Tráfico de pessoas», e que tinham sido integradas no Código Penal pelas reformas de 1998 e 2001.

De igual modo, como no crime de lenocínio, foi retirada a referência à prática de actos sexuais de relevo.

Por outro lado alargou-se o campo de aplicação do tipo às situações de abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, tutela ou curatela.

12. Pornografia de menores

Trata-se de um crime novo, 176º que, no entanto, integra condutas já anteriormente tipificadas nos antigos artigos 172º e 173º, o que a doutrina sempre criticou, tendo em conta que a inserção sistemática daqueles artigos no âmbito dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, não se compadecia com condutas típicas que nada tinham que ver com o bem jurídico aí protegido.

A criminalização da actuação e utilização de menores em material pornográfico assenta no princípio de que é a autodeterminação sexual dos menores que, ainda, é posta em causa com tais condutas.

A exibição e cedência de fotografia, filmes ou gravações pornográficas, desde que aí sejam utilizados menores – e já não apenas menores de 14 anos como até à reforma de 2007, fora dos casos em que o menor se encontrava numa situação de confiança ou dependência – independentemente de quem cede ou proceda a essa

exibição, tendo na sua génese a protecção dos menores que aí são utilizados, vai, no entanto, mais longe, no sentido de pretender desmotivar os próprios consumidores de pornografia de índole pedófila.

Nas alíneas a) e b) do número 1 criminaliza-se a utilização directa de menores de 18 anos, ou o seu aliciamento, para espectáculos, fotografias, filmes ou gravações pornográficos.

Nas alínea c) e d) do nº 1 trata-se de condutas que, se bem que susceptíveis de sancionamento criminal, não configuram uma violação directa do bem jurídico liberdade e a autodeterminação sexual de um menor.

Especial relevância assume a nova incriminação estabelecida no nº 3 do artigo.

Tem como fonte a Decisão Quadro Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003 relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil que impõe, nesta matéria, a adopção de tipos criminais, pelos Estados, que punam «imagens realistas de crianças não existentes».

Trata-se de uma «imposição» de criminalização pouco consensual, e que noutros países tem provocado alguma discussão teórica mas também algumas decisões jurisprudenciais que põem em causa a compatibilização constitucional do crime⁶.

Não obstante todas as dúvidas já conhecidas o legislador português veio criminalizar a produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição, cedência a qualquer título ou por qualquer meio ou a aquisição ou detenção com o propósito de distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, de material pornográfico com «representação realista de menor».

6 É o caso dos EUA onde o Supremo Tribunal – *Supreme Court* - através da decisão *Ascroft et al. v. Free Speech Coalition et al.*, de 16 de Abril de 2002, veio declarar inconstitucional uma norma idêntica, introduzida pelo *Child Pornography Prevention Act* de 1996

A dificuldade em encontrar uma configuração típica que respondesse às obrigações de criminalização decorrentes da Decisão Quadro citada decorre, desde logo da dificuldade em percepcionar o que está na origem dessa imposição de criminalização.

Importa antes de mais referir que não é identificável, aliás, qual o bem jurídico que se quer tutelar, sendo claro que não é, de todo a liberdade ou autodeterminação sexual que está em causa porquanto, no caso nem sequer menores ou outras pessoas aparentando ser menores existem.

Como é referido por alguns autores trata-se, na Decisão Quadro, de colocar uma sanção penal a sustentar uma mera censura moral sem se levar em conta de que o que deve ser tutelado são os menores «em carne e osso, que é o único bem que pode justificar uma tutela penal tão ampla» - cfr. Giovanni Cocco⁷.

Por outro lado importa não esquecer que este tipo de crime pode, de alguma forma, colidir com o direito à liberdade de criação artística, na medida em que possa abranger representações pictóricas que apenas representam uma forma de expressão.

É certo que existem formas artísticas que poderão ser «chocantes» pelo seu conteúdo, tendo em conta determinados padrões de apreciação cultural. No entanto, nem por isso, tais manifestações poderão consubstanciar qualquer ilicitude e muito menos qualquer crime na medida em que se não individualizem muito concretamente quais os perigos que daí possam existir para o desenvolvimento das crianças.

Assim, tendo em conta este circunstancialismo, na aplicação da norma, deverá sempre levar-se em consideração que não será admissível na «representação realista de menor» levar a interpretação a áreas expressamente tidas como expressão artística ou que, na dúvida, se possam vir a considerar como tal.

7 Cf. Giovanni Cocco, «Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile» *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Anno XLIX, Fasc. 3, buglio - Settembre, 2006, p. 874.

No novo número 4, alargar-se o âmbito de criminalização das condutas à situação de aquisição ou detenção dos materiais previstos no número 1 alínea b), ou seja fotografias, filmes ou gravações pornográficas, resolvendo-se alguns problemas que até à reforma de 2007 esta matéria vinha provocando à investigação criminal deste tipo de crime, tendo em conta a dificuldade de prova da «detenção para a cedência», que consubstanciava a única situação punível até então.

A aquisição ou detenção, que consubstanciará uma situação de posse, deste tipo de material é crime, punível com pena de prisão até um ano ou multa.

Trata-se aqui de proibir a detenção ou posse e não a consulta ou o visionamento, nomeadamente quando se trata de material pornográfico que circula no espaço da virtual ou digital. Questão complexa poderá suscitar-se com o facto de, no domínio da pornografia visualizada via internet esse acto de visualização – que não é crime, repete-se – implicar desde logo e automaticamente uma «descarga» do material para o disco do computador que aí fica. Certamente nestas condições dificilmente será de concluir pela concretização do tipo de crime se se não se verificar aí a questão do tipo de culpa subjectivo, v.g. a existência do dolo.

13. Queixa.

A reforma de 2007 veio estabelecer a natureza pública dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual contra menores – artigo 178º. Trata-se, sem dúvida, no que respeita aos crimes envolvendo menores, a mais relevante alteração efectuada, quer dum ponto de vista dogmático, quer pelas repercussões práticas, nomeadamente a nível da investigação criminal.

Com excepção do crime previsto no artigo 173º – Actos sexuais com adolescentes - todos os crimes contra a liberdade e

autodeterminação sexual envolvendo menores de 18 anos passam a ter natureza pública. E mesmo no caso do artigo 173º o crime será público se dele resultar suicídio ou morte da vítima.

A titularidade do direito de queixa é inequivocamente pertença do ofendido maior de 16 anos, conforme resulta da redacção do artigo 113.º, n.º 5, do Código (antigo artigo 111.º).

Atribui-se ao Ministério Público a legitimidade para o exercício do direito de queixa em geral, nos casos em que o procedimento criminal dela depender, «quando o interesse do ofendido o aconselhar» e: a) for menor ou não possuir discernimento para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa; ou o direito de queixa não puder ser exercido porque a sua titularidade caberia apenas ao agente do crime.

A aplicação aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual fica, no entanto, muito restringida tendo em conta a natureza pública dos crimes agora instituída. Apenas nos casos no artigo 173º, quando não houver suicídio ou morte da vítima, será de suscitar esta questão.

Vale a pena referir que com a reforma de 2007 foi substituído, no artigo 113º a alusão ao sujeito «vítima» pelo sujeito «ofendido», o que não acontece com o disposto neste artigo que estabeleça sempre a alusão à «vítima».

Há que compatibilizar este regime normativo com as regras gerais estabelecidas no artigo 113º, no que respeita ao exercício de direito de queixa, quando estão em causa ofendidos menores de 16 anos bem como o regime das regras da prescrição.

Desde logo permite-se que ofendido possa exercer o direito de queixa a partir da data em que perfizer 16 anos, extinguindo-se, no entanto no prazo de seis meses a contar da data em que perfizer 18 anos – cfr. 113- n.º 6 e 115º n.º 2.

Por outro lado nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores o procedimento criminal não se extingue, por efeito da prescrição, antes de o ofendido perfazer 23 anos – cfr.

118º n° 5 – pretendendo o legislador que assim não seja frustrada a intenção de assegurar a perseguição penal após a vítima ter alcançado a maioridade.

A reforma de 2007 alargou substancialmente o campo de aplicação do regime da suspensão provisória do processo, nomeadamente permitindo a sua aplicação a todos os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravados pelo resultado.

Por outro lado mantendo como *ratio decidendi* a ponderação do interesse da vítima, coloca outros requisitos à aplicação do instituto, nomeadamente o facto de não ter sido aplicada anteriormente medida similar por crime da mesma natureza e ainda, conforme decorre do novo artigo 281º n 7 do Código de Processo Penal, a «ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza», ou seja não permitindo qualquer trégua a uma recidiva do agente.

A duração máxima da suspensão estabelecida no CPP (dois anos, com excepção do crime de violência doméstica não agravado pelo resultado que é cinco anos) é alargada nos tipos de crime em causa no artigo 178 n° 3º do CP para cinco anos.

Importa sublinhar que às dúvidas já suscitadas sobre a necessidade de manter uma norma desta natureza no Código Penal, acresce agora a perplexidade da constatação de que enquanto no Código Penal se dá ao Ministério Público a possibilidade de poder determinar a suspensão provisória do processo, a norma similar constante do Código de Processo Penal impõe ao Ministério Público, que, desde que verificados os requisitos legais para tal seja determinada a suspensão provisória do processo, consagrando-se aqui um inequívoco poder-dever de actuação do Ministério Público.